

Wie doet wat? Over de rede van David Cameron en de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2013). Wie doet wat? Over de rede van David Cameron en de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten. *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht*, 2013, 213-218.

Document status and date:

Published: 01/01/2013

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Wie doet wat?

Over de rede van David Cameron en de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten

Prof. dr. J.M. Smits*

De verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten staat sterk in de belangstelling. In deze bijdrage wordt ingegaan op de vraag of meer te zeggen valt over wie wat moet doen in Europa. Onderzocht wordt welke bijdrage juristen, economen en politologen tot nu toe aan dit debat hebben geleverd. Vervolgens wordt een aanzet gedaan voor de ontwikkeling van een kader dat kan helpen om de vraag naar de optimale bevoegdheidsverdeling te beantwoorden.

Inleiding

Op 23 januari 2013 gaf de Britse premier David Cameron zijn lang verwachte lezing over de toekomst van de Europese Unie.¹ Naast de aankondiging dat het Verenigd Koninkrijk op termijn een referendum zal houden over de vraag of het lid moet blijven van de EU,² liet Cameron weten een discussie te willen voeren over de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten. Doel daarvan is, in Camerons woorden, 'to examine thoroughly what the EU as a whole should do and should stop doing.' Dat kwam niet als een verrassing. In september 2012 was het Britse ministerie van Buitenlandse Zaken namelijk al begonnen met een zogenoemde 'review of the balance of competences', een breed opgezet onderzoek naar de mate waarin het lidmaatschap van de Europese Unie voor het Verenigd

Koninkrijk gunstig of ongunstig uitpakt.³ De resultaten daarvan moeten eind 2014 bekend zijn.

Ook in Nederland ging de lezing van Cameron niet onopgemerkt voorbij. Op verzoek van de Tweede Kamer liet het kabinet weten veel te zien in het plan van Cameron en in te willen zetten op een 'gezamenlijk debat in de Unie over de vraag of de huidige bevoegdhedenverdeling tussen de Europese en nationale overheden toekomstbestendig is.' Daartoe zou 'op pragmatische wijze (...) moeten worden bezien of sommige, eerder bij de Europese overheid belegde verantwoordelijkheden en taken niet beter door de overheden van de lidstaten kunnen worden uitgevoerd.'⁴ In het Kamerdebat dat daarop volgde, stelde CDA-leider Sybrand Buma dat Nederland hier het voortouw moet nemen. Hij stelde zelfs een lijst van bevoegdheden op die volgens hem weer volledig onder Haags gezag zouden moeten komen. Op deze 'Buma-lijst' staan onder meer zwangerschapsverlof (een ongelukkig gekozen voorbeeld omdat in Nederland een zwangere vrouw thans recht heeft op zestien weken betaald verlof, waar de EU slechts veertien weken voorschrijft), *cookie*-wetgeving, openbare aanbesteding van kleinere projecten en diverse milieuaspecten waaronder de thema's die nu worden gereguleerd door de Nitraat- en fijnstofrichtlijn.⁵

De oproep van Cameron en van het Nederlandse kabinet om een debat te voeren over de verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten wordt soms weggezet als een uiting van Eurosceptis. Dat oordeel komt echter te vroeg. Voor zover hun standpunten zijn ingegeven door een vooropgezet politiek idee dat bepaalde bevoegdheden zeker niet thuisho-

* Prof. dr. J.M. Smits is hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en onderzoekshoogleraar rechtsvergelijking aan de Universiteit van Helsinki.

1. Een transcript van de rede is beschikbaar via <www.gov.uk/government/speeches/eu-speech-at-bloomberg>.

2. Dit referendum over de vraag 'Do you think that the United Kingdom should remain a member of the European Union?' zou moeten worden gehouden na de Lagerhuisverkiezingen van 2015 en uiterlijk in 2017. Zie de draft European Union (Referendum) Act 2013 van 14 mei 2013.

3. Zie Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, *Review of the Balance of Competences between the United Kingdom and the European Union*, presented to Parliament, juli 2012, Cm 8415 en <www.gov.uk/review-of-the-balance-of-competences>.

4. Brief van minister-president Rutte en minister Timmermans (BZ) van 29 januari 2013, DIE-2013.5904.

5. Zie J. Visser, 'Buma: een sterk en zelfbewust Europa weet ook wat het niet moet doen,' *de Volkskrant* 5 februari 2013.

ren op Europees niveau is dat uiteraard verkeerd. Maar die lezing – die ook door de Duitse en Franse regering wordt aangehangen⁶ – is niet terecht: Cameron en Rutte lijken, althans op papier, in te willen zetten op een objectieve waardering van de vraag waar welke bevoegdheid thuishoort. Een debat daarover valt alleen maar toe te juichen.

Doel van deze bijdrage is om na te gaan of (rechts)wetenschappelijke inzichten kunnen bijdragen aan de beantwoording van de vraag naar de optimale verdeling van bevoegdheden tussen Europa en de lidstaten. Daarmee wordt aangesloten bij de Nederlandse Wetenschapsagenda die de KNAW in 2011 publiceerde. De vraag ‘Leven we straks in de Verenigde Staten van Europa?’ werd daarin gekwalificeerd als een van de 49 prangende vragen waar Nederlandse onderzoekers zich de komende jaren mee bezig zouden moeten houden.⁷ Dat getuigde van een vooruitziende blik want de Agenda werd gepubliceerd vóór de rede van Cameron en ook voordat de gevolgen van de financiële crisis leidden tot pleidooien van de Duitse Bondskanselier Merkel⁸ en de voorzitter van de Europese Commissie Barroso⁹ voor verdergaande Europese integratie in de vorm van een politieke Unie. Met zoveel politieke onenigheid over de gewenste mate van Europese integratie is er alle reden om na te gaan of vanuit de wetenschap aan die discussie kan worden bijgedragen.

regulering¹¹ of van ‘network governance’¹² nog recht doet aan de werkelijkheid. Dat wordt overigens niet alleen veroorzaakt door een grotere betekenis van ‘Europa’, maar ook door de toenemende overheveling van bevoegdheden naar het subnationale (in Nederland vooral provincies en gemeenten), supranationale (via verdragen) en functionele (zoals ZBO’s) niveau.

De bestaande literatuur concentreert zich met name op twee aspecten van Europa als meer-gelaagd rechtssysteem. In de eerste plaats trachten politicologen dit systeem te *beschrijven* en zijn ontwikkeling te *verklaren* onder verwijzing naar politieke theorieën.¹³ In de tweede plaats houden juristen zich bezig met het *classificeren* van de bevoegdheden zoals die in de Europese verdragen voorkomen.¹⁴ In het juridisch debat is er ook veel aandacht voor de vraag hoe *conflicten* tussen de verschillende niveaus van regulering op te lossen bij gebreke van een overkoepelende instantie die in staat is om de vereiste coherentie en rechtseenheid te bevorderen – het Hof van Justitie blijkt die rol immers slechts in beperkte mate te vervullen.¹⁵ De *normatieve* vraag welke bevoegdheden op welk niveau van regulering thuishoren, is daarmee grotendeels onontgonnen terrein gebleven. De stand van zaken kan het beste worden beschreven onder verwijzing naar wat juristen, economen en politicologen hierover te zeggen hebben.

De juridische benadering: bevoegdheidstoedeling en subsidiariteit

In een traditionele visie waarin de natiestaat de natuurlijke *locus* is om regels te stellen komt de ‘wie doet wat’-vraag in het geheel niet op. De sporen van die benadering zijn nog altijd zichtbaar in het Europese recht. Ondanks de immer toenemende invloed van Europees recht op de nationale rechtsordes vindt men in de Europese verdragen namelijk geen criteria voor het *toekennen* van bevoegdheden aan de Europese Unie. Enerzijds bevat het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) een opsomming van drie soorten bevoegdheden: naast de exclusieve bevoegdheden (zoals die op het terrein van de douane-unie en mededinging: art. 3 VWEU), kent het Verdrag gedeelde bevoegdheden (onder andere de interne markt, milieu en consumentenbescherming: art. 4 VWEU) en ondersteunende

Stand van zaken: nadruk op subsidiariteit en federalisme

Inleiding

Algemeen wordt aangenomen dat de Europese Unie het beste kan worden gekwalificeerd als een meer-gelaagd rechtssysteem.¹⁰ Met toenemende Europese integratie is het stellen van regels in sterke mate een bevoegdheid geworden van zowel nationale overheden als de Europese Unie samen. De nationale bevoegdheid om actief te zijn op een bepaald terrein overlapt vaak zelfs in die mate met de Europese bevoegdheid dat alleen daarover spreken in termen van een ‘fusie’ van de niveaus van

6. Bondskanselier Merkel en president Hollande gingen niet in op het verzoek van Cameron om mee te doen aan de studie. Zie G. Parker, ‘Cameron snubbed over Brussels review,’ *Financial Times* 1 april 2013.
7. Zie Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, *De Nederlandse Wetenschapsagenda*, Amsterdam 2011, p. 106. Op 19 april 2013 werd te Maastricht door de KNAW een bijeenkomst aan deze vraag gewijd; een tweede bijeenkomst is voorzien voor 22 oktober 2013.
8. Zie bijv. ‘Germany’s Chancellor Merkel urges EU political union,’ *BBC News Europe* 7 juni 2012.
9. J.M. Barroso, ‘The speed of the European Union can no longer be the speed of the most reluctant member,’ *The Observer* 13 november 2011.
10. L. Hooghe en G. Marks, *Multi-Level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield 2001; H. Enderlein, S. Wälti en M. Zürn (red.), *Handbook on Multi-level Governance*, Edward Elgar 2011; W. van Gerven en S. Lierman, *Algemeen deel 40 jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Deventer: Kluwer 2010.

11. Zie bijv. W. Wessels, ‘The Constitutional Treaty: Three Readings from a Fusion Perspective,’ 43 *Journal of Common Market Studies* 2005, p. 11-36.
12. Zie bijv. M. de Visser, *Network-Based Governance in EC Law*, Hart Publishing 2009.
13. Zie voor een overzicht A. Benz en C. Zimmer, ‘The EU’s competences: the “vertical” perspective on the multilevel system,’ 5 *Living Reviews in European Governance* 2010, nr. 1, <www.livingreviews.org/lreg-2010-1>.
14. Zie B. de Witte en G. De Búrca, ‘The delimitation of powers between the EU and its member states’, in: A. Arnulf en D. Wincott (red.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 201-222.
15. Bijv. C. Joerges, ‘Interactive adjudication in the Europeanisation process? A demanding perspective and a modest example’, 8 *European Review of Private Law* 2000, p. 1-16; J.M. Smits, ‘Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live with Legal Diversity?’, in: R. Brownsword e.a. (red.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 323-335.

bevoegdheden (onder andere volksgezondheid, cultuur en onderwijs: art. 6 VWEU). Anderzijds codificeert artikel 5 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) drie klassieke beginselen van Europees recht. Het beginsel van bevoegdheidstoedeling expliciteert dat de Unie alleen over de bevoegdheden beschikt die haar door de Verdragen zijn toegedeeld en dat alle andere bevoegdheden aan de lidstaten toebehoren. Daarnaast wordt de *uitoefening* van de bevoegdheden van de Unie beheerst door het beginsel van evenredigheid en, voor zover het gaat om gedeelde bevoegdheden, het beginsel van subsidiariteit.¹⁶ Hieruit kan echter niets worden afgeleid over de meest gewenste bevoegdheidsverdeling. Hiermee ligt de conclusie voor de hand dat de onderliggende redenen om een bepaald terrein als een bevoegdheid van de Unie te bestempelen in sterke mate politiek van aard zijn.¹⁷ Het criterium dat nog het meeste houvast lijkt te bieden is dat van de subsidiariteit. Indien een bevoegdheid niet exclusief aan de EU is toebedeeld, mag de Unie slechts handelen voor zover de doelstelling van het optreden niet voldoende door de lidstaten zelf kan worden verwezenlijkt (art. 5 lid 3 VEU). In de twintig jaar sinds dit beginsel is gecodificeerd – het werd opgenomen in het Verdrag van Maastricht (1992) om zorgen van lidstaten over een te grote macht van de EU weg te nemen – is het echter niet uitgegroeid tot een nuttig criterium voor de verticale verdeling van bevoegdheden binnen de Unie. Subsidiariteit suggereert dat de Unie enkel mag optreden als zij de doelstellingen van het vereiste optreden ‘beter’ kan verwezenlijken dan de lidstaten, maar de vraag is uiteraard wanneer dit het geval is. Het Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid (1997) geeft aan dat besluiten ‘zo dicht mogelijk bij de burgers van de Unie’ moeten worden genomen, hetgeen evenmin veel houvast biedt. Subsidiariteit als criterium wordt daarom algemeen bekritiseerd: het verschaft geen ‘effective limit’,¹⁸ is ‘empty’,¹⁹ is een ‘exercise in speculation’,²⁰ en een ‘weasel word’.²¹

Het Hof van Justitie draagt ook weinig bij aan het verschaffen van helderheid over wat subsidiariteit precies inhoudt. Het beziet enkel procedureel of de door de Europese wetgever aangevoerde gronden om een onderwerp op Europees niveau te regelen de toets der kritiek kunnen doorstaan zonder zelf inhoudelijke criteria te

ontwikkelen.²² Deze marginale beoordeling maakt het voor de Europese Commissie relatief eenvoudig om het initiatief te nemen voor nieuwe wetgeving. Het is nog maar de vraag of dit zal veranderen als gevolg van de Impact Assessment Guidelines²³ die de Commissie in 2009 opstelde en die voorschrijven dat voor elke nieuwe maatregel moet worden nagegaan of Europees ingrijpen gerechtvaardigd is.²⁴ Dit betekent uiteraard niet dat subsidiariteit geheel zonder waarde is, maar die ligt er vooral in dat het de Europese wetgever verplicht om na te gaan of een andere regelgever niet meer geschikt is om een eerder bepaald doel te bereiken.

In het kader van de Conventie over de Toekomst van Europa zoals die in 2002–2003 plaatsvond onder voorzitterschap van Valéry Giscard d’Estaing, werd uitgebreid gediscussieerd over de toedeling van bevoegdheden in de (nimmer ingevoerde) Europese Grondwet. De gekozen benadering was om eerst categorieën van (zowel wetgevende als niet-wetgevende) bevoegdheden te identificeren om vervolgens te bepalen welke beleidsterreinen binnen welke bevoegdheid zouden vallen. Maar ook in dit, zeer goed gedocumenteerde,²⁵ proces was er geen werkelijk debat over de inhoudelijke redenen om een bepaalde bevoegdheid aan één (of meer) van de niveaus van regulering toe te kennen. Hetzelfde geldt voor de recente verdragswijzigingen, daarbij inbegrepen het Verdrag van Lissabon (2009).

De voorlopige conclusie is dan ook dat er op dit moment geen praktisch nuttige juridische criteria bestaan voor de verdeling van bevoegdheden binnen de Europese Unie. Hoewel VWEU en VEU aangeven welke bevoegdheden de Unie thans heeft, blijft in het ongewisse op welke objectieve criteria die bevoegdheidstoedeling zou kunnen berusten. Dat roept de vraag op of die criteria aan andere disciplines kunnen worden ontleend.

De economische benadering: ‘economics of federalism’

Anders dan juristen hebben economen zich uitgebreid gebogen over de vraag naar toedeling van taken. Volgens de theorie van het economisch federalisme²⁶ moeten zaken op een hoger niveau worden geregeld indien zij grensoverschrijdende effecten sorteren (zoals bepaalde vormen van milieuvervuiling) of indien op die manier schaalvoordelen kunnen worden behaald.²⁷ Dit betekent bijvoorbeeld dat macro-economische stabiliteit en belastingen die herverdeling van inkomen beogen op het hoogst mogelijke niveau dienen te worden geregeld,

16. Zie over dit alles ook P. Craig en G. De Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 73 e.v.

17. In die zin ook G.A. Bermann, ‘Taking subsidiarity seriously: federalism in the European Community and the United States’, 94 *Columbia Law Review* 1994, p. 331–456 en E. Noam, ‘The Choice of Governmental Level in Regulation’, 35 *Kyklos* 1982, p. 278–291.

18. P. Craig, ‘Institutions, power, and institutional balance’, in: P. Craig en G. De Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 41–84.

19. A. Estella de Noriega, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford: Oxford University Press 2002.

20. Bermann 1994, p. 335.

21. F. Easterbrook, ‘Federalism and European Business Law’, 14 *International Review of Law and Economics* 1994, p. 125–132, 126.

22. Zie bijv. HvJ EG, zaak C-84/94, *Verenigd Koninkrijk/Raad van de Europese Unie*, Jur. 1996, p. I-05755 en A. Portuese, ‘The principle of subsidiarity as a principle of economic efficiency’, 17 *Columbia Journal of European Law* 2011, p. 231–261.

23. European Commission, Impact Assessment Guidelines, 15 January 2009, SEC (2009) 92.

24. Het nog immer toenemende gebruik van *impact assessments* draagt zeker bij aan een betere toepassing van subsidiariteit. Vgl. A. Meuwese, *Impact Assessment in European Union Lawmaking*, The Hague: Kluwer Law International 2008.

25. Onder meer beschikbaar via <www.europa-nu.nl/id/vg9hk0cimaqz/europese_conventie>.

26. R.A. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, McGraw-Hill 1959.

27. Benz en Zimmer 2010.

maar veel andere zaken op een lager niveau. Verschillende argumenten pleiten voor deze decentralisatie.²⁸ Het eerste is dat de lokale regering zich dicht bij de kiezers bevindt en dus meer kennis heeft van de preferenties van de eigen burgers en van andere lokale omstandigheden. Decentralisatie bevordert aldus het democratisch proces. Een tweede argument, dat al werd aangevoerd door De Tocqueville,²⁹ is de pendant hiervan: omdat de centrale overheid geacht wordt iedereen gelijk te behandelen en dus slechts één beleid kan voeren, kan zij onvoldoende rekening houden met verschillende preferenties. Een derde argument is dat decentralisatie een effectieve manier is om monopolistisch gedrag van de overheid in te perken en die responsiever te maken.³⁰ Ten slotte staat de rechtsdiversiteit die het gevolg is van decentralisatie toe om te experimenteren met innovatieve oplossingen.³¹

Deze inzichten hebben een nogal abstract karakter. Veel praktisch houvast kan er niet aan worden ontleend. De conclusie die Kerber³² bereikt op basis van deze economische criteria is dat de optimale oplossing altijd geheel afhangt van de omstandigheden van het geval: eenduidige en heldere antwoorden ontbreken. Bovendien is het altijd omstrede gebleven of economisch federalisme kan worden toegepast op de Europese situatie: de Europese Unie is geen federale staat en dat pleit voor enige voorzichtigheid bij het toepassen van de inzichten die vooral aan de Amerikaanse literatuur zijn ontleend.

De politicologische benadering

Voor zover politicologen zich bezighouden met toedeling van bevoegdheden baseren zij zich op economisch federalisme of op theorieën over meer-gelaagde rechtstelsels. De normatieve vraag naar de optimale verdeling van bevoegdheden is voor hen evenmin een vraag die sterk leeft, ook al niet omdat politicologen het conceptuele kader missen om hem te beantwoorden.³³ Voor zover zij zich er wel mee bezighouden, vinden zij de voornaamste reden voor decentralisatie in het democratisch tekort op Europees niveau, hetgeen pleit voor het gebruikmaken van nationale democratische procedures. Maar de politicologie erkent ook dat coördinatie en regulering van beleid vaak effectiever zijn op EU-niveau.³⁴ Deze inherente spanning is moeilijk in algemene termen op te lossen. Benz en Zimmer stellen dan ook

terecht dat 'the recommendations for the allocation of competences between nation states and the EU remain rather abstract and rarely refer to particular policies.'³⁵

De vraag is of het inwisselen van een territoriale toedeling van bevoegdheden voor een functionele, zoals Frey en Eichenberger hebben voorgesteld, wél een oplossing biedt. In hun model van 'Functionally Overlapping Competing Jurisdictions'³⁶ veronderstellen zij terecht dat de vraag naar publieke diensten (zoals recht) niet per se parallel loopt aan de organisatie van staten. Zij stellen daarom voor dat de lidstaten hun diensten grensoverschrijdend aanbieden en vervolgens dingen naar de gunst van de burger (in willekeurig welk land). Maar daarmee is niet de vraag beantwoord welk onderwerp op welk niveau van (functionele) regulering thuis hoort. Ingestemd moet dan ook worden met de conclusie van Treisman: politicologen vinden het moeilijk 'to reach any general conclusions about whether (...) decentralization will improve or impair the quality of government and economic performance.'³⁷

Op zoek naar criteria

Inleiding: problemen van de huidige benadering

Het bovenstaande overzicht laat zien dat zowel juristen en economen als politicologen de vraag naar de optimale verdeling van bevoegdheden tussen de Europese Unie en de lidstaten hebben verwaarloosd. Voor zover zij zich er wel mee bezighouden, kan hun werk om drie redenen worden bekritiseerd.

In de eerste plaats concentreert de literatuur zich op het geven van algemene criteria die, zodra zij moeten worden toegepast op specifieke terreinen (zoals consumentenrecht, arbeidsrecht, strafrecht, regulering van het internet, enz.) weinig houvast bieden. De wijze waarop het subsidiariteitsbeginsel wordt toegepast is exemplarisch: het is grotendeels een lege huls waarvan de invulling door de Europese wetgever slechts marginaal door het Hof van Justitie wordt getoetst. Zonder twijfel zijn er voordelen van regulering op nationaal niveau en zeker is dat ingrijpen op hoger niveau nodig is indien dit tot schaalvoordelen leidt of ongewenste externe effecten voorkomt, maar dit zegt weinig over de vraag *in welk geval* dit zo is. De algemene inzichten moeten praktisch worden vertaald.

In de tweede plaats wordt vaak onvoldoende onderscheiden tussen verschillende beleidsterreinen. Het is niet waarschijnlijk dat de optimale decentralisatie hetzelfde is op terreinen als consumentenbescherming, regulering van financiële markten, milieubescherming en mensenrechten. Op elk van deze terreinen worden verschillende doelen nagestreefd en die zullen in sterke

28. W.E. Oates, 'Toward a Second-Generation Theory of Fiscal Federalism', 12 *International Tax and Public Finance* 2005, p. 349-373.

29. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835), Nederlandse vertaling door H. Daalder en S. Van Luchene, *Over de democratie in Amerika*, Rotterdam: Lemniscaat 2011.

30. G. Brennan en J.M. Buchanan, *The power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge: Cambridge University Press 1980.

31. F.A. Hayek, *Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren* (Kieler Vorträge N.S. 56), 1968.

32. W. Kerber, 'European system of private laws: an economic perspective', in: F. Cafaggi en H. Muir-Watt (red.), *Making European Private Law*, Edward Elgar 2008, p. 64-97.

33. Vgl. F.W. Scharpf, 'Notes towards a theory of multilevel governing in Europe', 24 *Scandinavian Political Studies* 2001, p. 1-26.

34. Bijv. P. Salmon, 'Assigning powers in the European Union in the light of yardstick competition among governments', in: M.J. Holler e.a. (red.), *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Mohr Siebeck 2003, p. 197-216.

35. Benz en Zimmer 2010, p. 8.

36. B. Frey en R. Eichenberger, *The new democratic federalism for Europe: functional, overlapping and competing jurisdictions*, Edward Elgar 1999.

37. D. Treisman, *The architecture of government: rethinking political decentralization*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 274.

mate beïnvloeden wat optimaal is. Algemene criteria hebben dan slechts beperkte betekenis om Europese van nationale bevoegdheden te onderscheiden. Een discussie over specifieke beleidsterreinen lijkt veel vruchtbaarder.³⁸

Ten slotte moet er meer duidelijkheid komen over de vraag wat precies wordt verstaan onder ‘bevoegdheid.’ Gaat het hier om het stellen van regels, om de implementatie daarvan of om afdwinging?³⁹ In theorie kan elk van deze activiteiten op een verschillend niveau van regulering plaatsvinden. Het consumentenrecht is daarvan een goed voorbeeld: terwijl de Europese Unie minimumregels stelt in de vorm van richtlijnen, is het aan de lidstaten om die te implementeren en ter afdwinging een nationale consumentenautoriteit in het leven te roepen. Op het terrein van strafrecht lijkt de nadruk juist te liggen op Europese instituties (zoals een Europees Openbaar Ministerie). Algemene uitspraken zijn wederom bijzonder lastig te doen.

Hoe komen we verder?

Het voorafgaande roept de vraag op hoe we verder komen in de zoektocht naar criteria voor de optimale toedeling van bevoegdheden. Die vraag zullen Cameron en Rutte zich – in mijn misschien naïeve lezing van hun plannen – ook moeten stellen indien zij een objectieve waardering nastreven van waar welke bevoegdheid thuishoort. In deze paragraaf geef ik schetsmatig aan wat mijns inziens de weg voorwaarts is. Ik pleit voor de ontwikkeling van een kader dat bestaat uit twee elementen. In de eerste plaats moet de *bestaande* verdeling van bevoegdheden tussen de EU en de lidstaten beter in kaart worden gebracht. Thans worden bevoegdheden vrijwel geheel beschreven in termen van de Europese verdragen. Dit leidt misschien tot een adequate beschrijving in het zeldzame geval waarin de EU exclusieve bevoegdheden heeft (hoewel ook dan de lidstaten nog steeds een rol te vervullen hebben), maar de terminologie van gedeelde en ondersteunende bevoegdheden is zeker niet effectief om aan te geven wie nu eigenlijk wat doet op een bepaald beleidsterrein. Dat pleit voor een alternatieve methode om de bestaande verdeling van bevoegdheden te beschrijven, bij voorkeur aan de hand van objectieve indicatoren. In kwantitatief opzicht kan wellicht worden voortgebouwd op het werk van Osterkamp en Eller,⁴⁰ die de mate van decentralisatie vaststellen op basis van de publieke uitgaven van de diverse actoren op een bepaald terrein. Die beschrijving kan worden aangevuld met een kwalitatieve beschrijving van de *de facto* invloed van Europees recht, waarbij het wederom voor de hand ligt om te onderscheiden tussen

regelgeving, implementatie en afdwinging (inclusief geschillenbeslechting).

In de tweede plaats zullen per beleidsterrein relevante criteria voor een optimale toedeling van bevoegdheden moeten worden ontwikkeld. Hier bestaan twee methodologische uitdagingen. De eerste is dat de vraag wat ‘optimaal’ is uiteindelijk afhangt van een waardering van de doelen die op een bepaald terrein worden nagestreefd. Er zal altijd een spanning blijven tussen, bijvoorbeeld, enerzijds het internaliseren van externaliteiten (zoals in geval van grensoverschrijdende problemen) of het bereiken van schaalvoordelen en anderzijds het bevredigen van lokale preferenties of het zo democratisch mogelijk maken van de besluitvorming. De tweede uitdaging is dat de na te streven doelen met de tijd, veranderende economische en sociale omstandigheden en visie op Europa kunnen veranderen. Het is er verre van dat de optimale verdeling van bevoegdheden voor eens en altijd kan worden vastgelegd. Wat mijns inziens echter wel mogelijk is, is om parameters te ontwikkelen waarmee op elk terrein kan worden gewerkt, maar waarvan de weging op elk terrein anders geschiedt.

Deze parameters dienen mijns inziens te worden gevonden in (1) de *dimensies* van bevoegdheid (het stellen van regels en de implementatie en afdwinging daarvan), (2) de *factoren* die relevant zijn voor de bevoegdheidstoedeling, (3) de *technieken* om deze factoren tegen elkaar af te wegen en (4) de *doelen* van Europese integratie op het beleidsterrein in kwestie. Ten slotte (5) is van belang om de mate waarin het bezwaarlijk is om de bestaande bevoegdheidsverdeling te veranderen bij de afweging te betrekken. De interactie tussen deze vijf parameters vormt het kader voor de optimale verdeling.

Bij het ontwikkelen van dit kader verdienen parameters 2 en 5 aparte aandacht. De voor de bevoegdheidsverdeling relevante factoren zijn de lokale preferenties (als die te zeer verschillen, is er minder ruimte voor Europees ingrijpen), de mate waarin informatie beschikbaar kan worden gemaakt voor de bevoegde autoriteit (indien dit lastig is voor de Europese Unie pleit dat voor een lager niveau van regulering), de behoefte aan het internaliseren van externaliteiten, het vermogen van de overheid in kwestie om effectief regels te stellen, uit te voeren en af te dwingen, het behalen van schaalvoordelen, de behoefte om te experimenteren met verschillende mogelijke oplossingen, het risico van een *race to the bottom*, democratische legitimering van de regel en juridisch-systematische argumenten.

Een niet te verwaarlozen factor in het afwegingskader is de status quo die op veel terreinen bestaat. Zelfs indien afweging van de zojuist genoemde factoren ertoe leidt dat bestaande bevoegdheden – na verdragswijziging of heronderhandelen van verordeningen en richtlijnen – zouden moeten worden ‘teruggegeven’ aan de lidstaten, is dit lang niet altijd gewenst. Aangenomen dat het steeds mogelijk is om vast te stellen welke regels in een lidstaat uit Europese bron zijn voortgevloeid, zijn die regels zozeer verweven geraakt met recht uit nationale bron dat het geheel vaak een moeilijk te ontwarren klunwen vormt. Het enkele feit dat de Europese Unie een

38. D. Wildason, ‘Comment on “Fiscal Federalism and Decentralization: A Review of Some Efficiency and Macroeconomic Aspects” by Vito Tanzi’, in: M. Bruno en B. Peskovic (red.), *Annual World Bank Conference on Development Economics*, World Bank 1996, p. 323-328; Estella 2002; Portuese 2011.

39. Vgl. J.A.W. van Zeven, *Competence Allocation and Regulatory Functioning: A Study of the European Union Emissions Trading Scheme* (diss. Amsterdam UvA) 2012, p. 22 e.v.

40. R. Osterkamp en M. Eller, ‘How decentralised is government activity?’, 1 *Journal for Institutional Comparisons* 2003, p. 32-35.

bevoegdheid teruggeeft, betekent uiteraard ook niet dat het nationale recht daarmee automatisch gewijzigd is: de bestaande Europese wetgeving, de nationale implementatie daarvan en de rechtspraak van het Hof van Justitie en de nationale rechters blijven intact en zullen moeten worden aangepast door de nationale wetgever en eventueel de rechter. Daar kunnen hoge kosten aan verbonden zijn⁴¹ en de vraag is of de nieuwe regels inhoudelijk veel zullen verschillen van hoe zij thans luiden. De argumentatie van Buma is in dit opzicht op zijn minst onvolledig: het is zinvoller om na te gaan in welk opzicht het Nederlandse recht door Europa negatief wordt beïnvloed. Dan blijkt dat zwangerschapsverlof inderdaad een slecht gekozen voorbeeld is omdat het Nederlandse recht de zwangere vrouw beter beschermt dan volgens de Europees zwangerschapsrichtlijn nodig is – tenzij Buma bedoelt dat de termijn minder lang dan het Europese minimum van veertien weken zou moeten zijn en dus vooral namens de B.V. Nederland spreekt en niet zozeer als hoeder van familiewaarden.

Ten slotte

Het gebrek aan robuuste criteria voor de toedeling van bevoegdheden in de Europese Unie is een groot gemis. Zo lang die criteria niet bestaan, is het onmogelijk om per beleidsterrein na te gaan of meer of minder Europese integratie nodig is. Dat leidt tot onrealistische verwachtingen over wat de Europese Unie kan bereiken. De typische reactie in tijden van crisis (zoals de huidige financiële crisis) is om te pleiten voor meer integratie (hoewel populistische partijen in Europa dat in mindere mate doen). Niet alleen de al geciteerde Barroso – ‘either unite or face irrelevance’⁴² – en Merkel hielden een dergelijk pleidooi, ook Jürgen Habermas stelde onlangs dat ‘more Europe’ het enige juiste antwoord is op de Eurocrisis.⁴³ Dit is echter een hoogst aanvechtbare stelling. Een overdracht van bevoegdheden naar de EU is thans niet alleen juridisch lastig en politiek ingewikkeld (zoals het voorbeeld van de recente Bankenunie bewijst), het is waarschijnlijk ook niet nodig. Niet de grootte van de politieke gemeenschap is beslissend voor het effectief oplossen van problemen, maar de mate waarin een doel op de meest effectieve wijze kan worden bereikt.⁴⁴ In dit opzicht heeft Cameron gelijk: in de afgelopen decennia is soms onvoldoende nagedacht over welke bevoegdheid beter past op nationaal en welke

beter op Europees niveau.⁴⁵ Deze bijdrage bepleit om dat geluid serieus te nemen. Daartoe wordt voorgesteld om een kader voor bevoegdheidsverdeling te ontwikkelen waarmee aan de hand van een variabele set parameters voor elk beleidsterrein kan worden vastgesteld wie wat moet doen. De uitwerking van een dergelijk kader zou hoog op de wetenschappelijke agenda moeten staan.

41. Zie over deze ‘path dependence’ ook B. de Witte en A. Thies, ‘Why Choose Europe? The Place of the European Union in the Architecture of International Legal Cooperation,’ in: S. Blockmans e.a. (red.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 23-38.

42. Barroso 2011.

43. J. Habermas, ‘Bringing the Integration of Citizens into Line with the Integration of States,’ 18 *European Law Journal* 2012, p. 485-488.

44. G. Majone, ‘Patterns of Post-national Europe: the Future of Integration after the Crisis of Monetary Union’, ongepubliceerde paper Universiteit van Helsinki 2012.

45. Cameron 2013: ‘Let us not be misled by the fallacy that a deep and workable single market requires everything to be harmonised, to hanker after some unattainable and infinitely level playing field.’